



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.5628/08

Reg.Dec.

N. 7448 Reg.Ric.

ANNO 2008

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7448/08, proposto dalle signore.. OMISSIS

contro

il MINISTERO DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in persona
del Ministro pro-tempore, costituitasi in giudizio, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso gli uffici della medesima
domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n.12

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di
Roma, Sez. III BIS n. 6169/08 del 25.6.2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nella Camera di Consiglio del 14 ottobre 2008 relatore il Consigliere
G. De Michele;

Uditi per le parti l'Avv. (OMISSIS) ;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

CA

FATTO

Attraverso il ricorso in esame, notificato il 4.9.2008, si contesta la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, n. 6169/08 del 25.6.2008 (che non risulta notificata), con la quale veniva respinto il ricorso delle attuali appellanti per la declaratoria di silenzio rifiuto dell'Amministrazione universitaria, dopo la notifica alla medesima di atto di diffida e messa in mora, per l'emanazione di decreto istitutivo dei "corsi su pazienti", prodromici al riconoscimento dell'equipollenza del diploma di laurea in scienze motorie a quello in fisioterapia.

Nella citata sentenza veniva negata, al riguardo, la sussistenza di obbligo di provvedere, essendo rimessa all'Autorità Amministrativa, in situazioni come quella in esame, "la valutazione di interessi di valenza pubblicistica di ben più ampia latitudine, rispetto a quelli che individuano in concreto la cura di quei particolari pubblici interessi, che caratterizzano nella sua specificità o almeno nominatività un determinato procedimento amministrativo". In tale fattispecie l'Amministrazione sarebbe titolare anche di un potere accertativo, circa la "attuale sussistenza delle condizioni che consentano l'adozione del provvedimento, anche se attuativo di una disposizione legislativa, ovvero ne rendano opportuno o addirittura ne impongano il differimento". In particolare, l'adozione del provvedimento ministeriale di cui si discute presupporrebbe anche valutazioni in ordine alle relative conseguenze applicative, che nel settore interessato avrebbero determinato la sostanziale vanificazione dell'accesso programmato al corso di laurea in fisioterapia, tanto da indurre alla predisposizione di un progetto di legge abrogativo della disposizione in tema di equipollenza dei titoli di

studio in questione. In sede di appello, le parti interessate ribadiscono, viceversa, l'impossibilità per l'Amministrazione di disattendere norme che, come quella in esame, richiederebbero "puntuale ed esaustiva applicazione", con evidente lesione – in caso contrario – di una situazione soggettiva protetta delle attuali appellanti.

DIRITTO

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne un comportamento omissivo dell'amministrazione, non correlato – secondo la pronuncia appellata – ad uno specifico obbligo di provvedere; la "manifesta infondatezza del ricorso" sotto tale profilo, inoltre, giustificherebbe l'assorbimento dell'eccezione di inammissibilità, sollevata dall'Amministrazione resistente per violazione dei termini di cui all'art. 2, comma 5 della legge n. 241/1990, come successivamente modificata ed integrata. Il Collegio non condivide tale impostazione.

Il silenzio-rifiuto disciplinato dall'ordinamento, infatti, è istituito riconducibile a inadempienza dell'Amministrazione, in rapporto ad un sussistente obbligo di provvedere (Cons. St., Ad. Plen., 10.3.1978, n. 10 e successiva giurisprudenza pacifica); tale obbligo può discendere dalla legge, da un regolamento o anche da un atto di autolimitazione dell'Amministrazione stessa, ed in ogni caso deve corrispondere ad una situazione soggettiva protetta, qualificata come tale dall'ordinamento (cfr. art. 21 bis L. n. 1034/71, nel testo introdotto dall'art. 2 L. 21.7.2000, n. 205, nonché, per il principio Cons. St., sez. IV, 4.9.1985, n. 333 e 6.2.1995, n. 51; sez. V, 6.6.1996, n. 681 e 15.9.1997, n. 980, nonché successiva giurisprudenza pacifica).

Il nuovo rito processuale in materia di silenzio rifiuto (art. 21 bis L. n. 1034/71) – nel testo introdotto dall’art. 2 della legge 21.7.2000, n. 205 – non conteneva originariamente innovazioni, circa i modi prescritti per formalizzare una illegittima inerzia, accertabile in sede giurisdizionale come violazione di un sussistente obbligo di provvedere.

Ai fini del giudizio di cui al citato art. 21 bis L. n. 1034/71, pertanto, era stato ritenuto che il soggetto interessato ad agire avverso l’inerzia dovesse seguire l’iter ordinario, da ricercare – per costante giurisprudenza – nell’art. 25 T.U. 10.1.1957, n. 3: tale iter prevedeva apposita domanda all’Amministrazione e, dopo almeno 60 giorni, diffida a provvedere entro un termine non inferiore a trenta giorni, secondo la procedura prevista per gli atti giudiziari (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. IV, 11.6.2002, n. 3256; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2.4.2004, n. 3126; TAR Campania, Napoli, 23.12.2003, n. 15541; TAR Puglia, Lecce, 31.7.2001, n. 4420; TAR Lazio, Latina, 4.10.2001, n. 866; TAR Basilicata, 14.6.2001, n. 586).

Significative modifiche alla regolamentazione anzidetta sono state però apportate prima dall’art. 2 della legge 11.2.2005, n. 15, e successivamente dall’art. 3, comma 6 bis della legge 14.5.2005, n. 80, che ha convertito con modificazioni il D.L. 14.3.2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di Azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, nonché deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione, di arbitrato e per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

Le norme sopra citate sostituiscono l'art. 2 della legge 7.8.1990, n. 241 e successive modificazioni, introducendo al quinto comma di tale articolo – sul punto che qui interessa – il carattere meramente facoltativo della diffida ad adempiere, indirizzata all'Amministrazione.

Nel testo attuale, il predetto art. 2 della legge n. 241/90 dispone quanto segue: “salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 e 3, il ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 21 bis della legge 6.12.1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'Amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il Giudice Amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”.

Il successivo comma 6 ter del medesimo art. 3 della legge n. 80/2005, inoltre, sostituisce l'art. 20 della legge n. 241/90, rendendo residuale (in quanto riferito solo a determinate materie, ovvero conseguente ad esplicita disposizione di legge) l'equiparazione del silenzio ad inadempimento: è infatti previsto che – al di fuori delle predette ipotesi – l'inerzia dell'Amministrazione “nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi” sia equiparata a tacito assenso.

Quest'ultima fattispecie, tuttavia, deve considerarsi eccezionale, avendo di regola l'Amministrazione l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso ed esistendo situazioni, in cui non si può effettivamente prescindere da una concreta ponderazione – da parte dell'Amministrazione stessa – degli interessi coinvolti: da una parte,

dunque, si ammette la possibilità di caducazione in via di autotutela del provvedimento tacito positivo, dall'altra si interpretano restrittivamente le ipotesi di silenzio assenso, a cui continua ad affiancarsi – ex art. 21 bis L. n. 1034/71, nel testo introdotto dalla L. n. 205/2000 – la fattispecie tradizionale di silenzio, da intendere come mera inerzia dei Pubblici Poteri, quest'ultima contrastante con i principi di buon andamento, trasparenza, pubblicità e tempestività dell'azione amministrativa. Quanto ai termini, previsti dal citato art. 2 L. n. 241/90 per ottenere direttamente, al riguardo, tutela giurisdizionale in primo grado di giudizio, il relativo decorso non può che incidere sulla possibilità degli interessati di agire senza previa diffida, senza che possa però determinarsi – come l'Amministrazione ha sostenuto nel caso di specie – una inammissibile consolidazione della condotta omissiva illegittima: quanto sopra, in assenza di qualsiasi comminatoria di decadenza, nonché in ragione degli incomprimibili principi coinvolti (per i quali, sotto i diversi profili sopra indicati, cfr. anche Corte dei Conti, sez. contr. det. 8.7.1996, n. 100; Cons. St., sez. V, 12.2.2007, n. 586 e 20.3.2007, n. 586; Cons. St., sez. IV, 18.10.2007, n. 5433; Cons. St., sez. VI, 30.5.2007, n. 2748 e 14.11.2006, n. 6705; Cons. St., sez. IV, 5.10.2006, n. 5929). Perentorio invece (e, nella fattispecie, rispettato) è il termine processuale per proporre appello, ai sensi del citato art. 21 bis L. n. 1034/71.

La dimensione dell'inerzia, identificabile come condotta anti-giuridica dell'Amministrazione, peraltro, è stata da tempo rapportata dalla giurisprudenza a fattispecie anche diverse dal mero avvio di procedure su istanza di parte, essendo ipotizzabili lesioni di interessi protetti (di tipo sia oppositivo che pretensivo), connesse ad omissioni dell'Amministrazione

stessa in ordine all'emanazione di atti dovuti, ad esempio in materia pianificatoria o repressiva (come nel caso di piani attuativi necessari per l'edificazione o di abusi edilizi: cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 19.3.2008, n. 1188; Cons. St., sez. IV, 7.7.2008, n. 3384); analoghi principi non possono non essere applicabili, ovviamente, quando da una attività auto-organizzativa degli apparati pubblici dipenda il perseguimento di un beneficio, accordato in via legislativa. Una situazione di quest'ultimo tipo è ravvisabile in sede attuativa dell'art. 1 septies del D.L. 5.12.2005, n. 250, nel testo aggiunto dalla legge di conversione, secondo cui "il diploma di laurea in scienze motorie è equipollente al diploma di laurea in fisioterapia, se il diplomato abbia conseguito attestato di frequenza ad idoneo corso su paziente, da istituirsi con decreto ministeriale presso le Università". Al riconoscimento di equipollenza dei citati titoli di studio corrisponde infatti, con ogni evidenza, un interesse legittimo dei laureati in scienze motorie all'attivazione dei corsi, la cui istituzione è demandata alle Università con atto di normazione primaria, non disapplicabile dagli Atenei in questione. Un margine di discrezionalità sul "quomodo", ovvero sui tempi tecnici occorrenti e sulle modalità di tale attivazione non può investire anche l'"an", ovvero la scelta di istituire, o meno, i corsi di cui trattasi: tale scelta, infatti, è stata già compiuta dal legislatore, che ha assegnato all'Amministrazione, in tale prospettiva, una specifica potestà di provvedere, il cui mancato esercizio – oltre tutto, nel dichiarato intento di salvaguardare le posizioni dei laureati in fisioterapia – costituirebbe fattispecie tipica di sviamento, fonte anche di danno risarcibile per i possessori del titolo di studio dichiarato equipollente. Per le ragioni esposte,

in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata e declaratoria dell'obbligo dell'Amministrazione di istituire i corsi prodromici all'equipollenza del corso di laurea in scienze motorie a quello di fisioterapia, entro un termine che, avuto riguardo al tempo trascorso dal sorgere dell'obbligo di legge, si fissa in 90 giorni; le spese giudiziali, da porre a carico dell'Amministrazione appellata, vengono liquidate nella misura di €. 5000,00 (Euro cinquemila/00) per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, ACCOGLIE il ricorso in appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, ANNULLA la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, n. 6169/08 del 25.6.2008; DICHIARA l'obbligo dell'Amministrazione universitaria di emanare decreto istitutivo dei corsi su paziente, di cui all'art. 1 septies del D.L. 5.12.2005, n. 250, nel testo aggiunto dalla legge di conversione 3.2.2006, n. 27, entro 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione o dalla notifica della stessa a cura delle appellanti; CONDANNA il Ministero dell'università e della ricerca al pagamento delle spese giudiziali, nella misura di €. 5.000,00 (cinquemila/00) per i due gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 14 ottobre 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Domenico Cafini	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Manfredo Atzeni	Consigliere
Gabriella De Michele	Consigliere, Est.

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

Segretario

GABRIELLA DE MICHELE

STEFANIA MARTINES

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria